

WYROK
z dnia 13 stycznia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Członkowie: Emil Kuriata
Luiza Łamejko

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 stycznia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Fabryka Zmechanizowanych Obudów Ścianowych „FAZOS” S.A., ul. Zagórska 167, 42–600 Tarnowskie Góry** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Kompania Węglowa S.A., ul. Powstańców 30, 40–039 Katowice** protestu z dnia 8 grudnia 2008 r.

przy udziale wykonawców **Fabryka Maszyn i Urządzeń „TAGOR” S.A., ul. Hutnicza 5–9, 42–600 Tarnowskie Góry** oraz **Becker Warkop Sp. z o.o., ul. Przemysłowa 11, 44–266 Świerklany** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Fabrykę Zmechanizowanych Obudów Ścianowych „FAZOS” S.A., ul. Zagórska 167, 42–600 Tarnowskie Góry i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Fabryka Zmechanizowanych Obudów Ścianowych „FAZOS” S.A., ul. Zagórska 167, 42–600 Tarnowskie Góry,**

-
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Fabryka Zmechanizowanych Obudów Ścianowych „FAZOS” S.A., ul. Zagórska 167, 42–600 Tarnowskie Góry** na rzecz **Kompania Węglowa S.A., ul. Powstańców 30, 40–039 Katowice** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

- 3) dokonać wpłaty kwoty **0 zł 0 gr** (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,

- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Fabryka Zmechanizowanych Obudów Ścianowych „FAZOS” S.A., ul. Zagórska 167, 42–600 Tarnowskie Góry.**

Uzasadnienie

Zamawiający, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „dostawa 166 kpl nowych sekcji ścianowych obudów zmechanizowanych o zakresie pracy od nie więcej niż 1,7 m do nie mniej niż 3,4 m dla KW S.A. Oddział KWK „Chwałowice”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 26 listopada 2008 r., w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, pod nr 2008/S 230-306208.

Dnia 8 grudnia 2008 r. Odwołujący się wniósł protest wobec postanowień Specyfikacji

Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), a w szczególności:

1. załącznika nr 3a oraz załącznika nr 7 do SIWZ - poprzez żądanie od wykonawcy w pkt 31 załącznika 3a oraz w § 8 ust. 1.2 ppkt e załącznika nr 7, dokumentacji remontowej umożliwiającej przeprowadzenie remontu wraz ze zgodą producenta oferowanej obudowy na wykonanie remontu po okresie gwarancyjnym przez warsztaty własne KW S.A.
2. pkt IX SIWZ oraz § 9 ust. 4 załącznika nr 7 do SIWZ - poprzez wskazanie, iż postanowienia gwarancji nie mogą być warunkowane warunkami górniczo-geologicznymi;

2

W opinii Odwołującego się kwestionowane postanowienia naruszają przepisy art. 7 oraz art. 22 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), dalej ustawą Pzp, wobec powyższego Odwołujący się wniósł o dokonanie zmiany SIWZ przez wykreślenie przedmiotowych zapisów.

Zamawiający w załączniku nr 3a pkt 31 oraz w załączniku 7 do SIWZ, opisującym istotne postanowienia, które wprowadzone zostaną do umowy, w § 8 ust. 1.2 ppkt e, zażądał od wykonawcy dokumentacji remontowej umożliwiającej przeprowadzenie remontu wraz ze zgodą producenta oferowanej obudowy na wykonanie remontu po okresie gwarancyjnym przez warsztaty własne KW S.A.

Odwołujący się zauważa, iż wskazane w powołanym rozporządzeniu Ministra Gospodarki przepisy nie przewidują, aby do wskazanej w pkt 31 oraz § 8 ust. 1.2 ppkt e instrukcji należało załączyć dokumentację remontową wraz ze zgodą producenta oferowanej obudowy na wykonanie remontu po okresie gwarancyjnym przez warsztaty własne KW S.A, a co za tym idzie, Zamawiający wprowadzając taki wymóg naruszył przepis art.22 ust. 2 ustawy w zw. ust. 1 ppkt 1 i 2 powołanego przepisu.

Stanowisko, iż dokumentacja remontowa umożliwiająca przeprowadzenie remontu wraz ze zgodą producenta oferowanej obudowy na wykonanie remontu po okresie gwarancyjnym przez warsztaty własne KW S.A. nie jest niezbędna do wykonania przedmiotu umowy, a tym bardziej nie świadczy o posiadanych przez wykonawcę uprawnieniach do wykonywania określonej działalności lub czynności oraz nie świadczy o posiadanej przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczeniu, czy też dysponowaniu potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, jest uzasadnione z następujących względów.

Przedmiotem niniejszego postępowania jest dostawa, a nie świadczenie usług remontowych, modernizacyjnych, czy też ewentualne określenie warunków świadczenia usług pogwarancyjnych dostarczonych obudów, a co za tym idzie, żądane przez Zamawiającego dokumenty wykraczają poza zakres niezbędny do prawidłowego wykonania zamówienia.

Rozszerzenie zakresu przedmiotu zamówienia poprzez wprowadzenie dodatkowych wymogów nie określonych w SIWZ stanowiące de facto jego zmianę, stanowi naruszenie podstawowych zasad prowadzenia postępowań w trybie zamówień publicznych tj. zasady uczciwej konkurencji.

Śądanie przez Zamawiającego dostarczenia dokumentacji remontowej oraz zgody producenta obudowy na wykorzystanie dokumentacji przez inny podmiot zależny od Zamawiającego, który nie posiada autoryzacji i licencji producenta na wykorzystanie tej dokumentacji, może być potraktowane jako czyn nieuczciwej konkurencji, gdyż może zostać uznane za obejście przepisów dotyczących licencji oraz obowiązku uzyskania autoryzacji. Przedmiot zamówienia (obudowa) zostanie wykonana na podstawie dokumentacji

3

Odwołującego się, zamawiana obudowa będzie posiadać certyfikat przyznany przez jednostkę notyfikowaną, na podstawie którego Odwołujący się wystawi deklarację zgodności dla tej obudowy. Z tego wynika, że Odwołujący się bierze pełną odpowiedzialność za wyrób. Odwołujący się nie posiada wiedzy, czy zakład KW posiada zdolność techniczną do wykonania remontu i dlatego nie może ponosić odpowiedzialności za remont wykonany przez taki podmiot. W związku z tym brak jest podstaw do wydania dokumentacji remontowej innemu podmiotowi.

Zdaniem Odwołującego się, oprotestowany zapis narusza zasadę uczciwej konkurencji, w ten sposób, że ogranicza udział w postępowaniu do wykonawców, którzy są jednocześnie producentami części do realizacji przedmiotu zamówienia.

Zamawiający w pkt IX SIWZ oraz § 9 ust. 4 załącznika nr 7 do SIWZ wskazał, iż postanowienia gwarancji nie mogą być uwarunkowane warunkami górniczo-geologicznymi. Należy zauważyć, iż postanowienia gwarancji określają warunki i sposób użytkowania sekcji obudowy. Użytkowanie obudów będących przedmiotem niniejszego postępowania, uzależnione jest od warunków geologicznych i górniczych. Niewątpliwie, również przedmiot zamówienia, aby uzyskać odpowiedni certyfikat, przechodzi szereg testów, które stwierdzają czy wytrzymałość obudowy uwzględnia dopuszczalne normy panujące pod ziemią. Ponadto, także w opracowaniu Głównego Instytutu Górnictwa (GIG), obudowa jest dobrana dla warunków przedstawionych przez kopalnię, z zastrzeżeniem, że tylko dla tych warunków będzie pracowała zgodnie z opracowaniem. W opracowaniu tym zostało również wskazane, że każde inne warunki odbiegające od warunków określonych w pracy GIG, mogą powodować nieprawidłowe działanie obudowy. Nie można zatem udzielić gwarancji, nie uwzględniając wskazań GIG-u. Ponadto, należy wskazać, iż wprowadzanie dodatkowych ograniczeń w postaci cytowanego zapisu SIWZ w praktyce oznacza rozszerzenie odpowiedzialności wykonawcy na nieprzewidziane zdarzenia, bardzo często stanowiące tzw. „siłę wyższą”, co jest sprzeczne z dobrymi obyczajami i narusza słuszny interes wykonawcy.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu swoje przystąpienie zgłosiła Fabryka Maszyn i Urządzeń „TAGOR” S.A. oraz Becker Warkop Sp. z o.o., żądając uwzględnienia protestu.

Pismem z dnia 17 grudnia 2008 r. Zamawiający protest oddalił. W opinii Zamawiającego, Odwołujący się zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ustawy Pzp, poprzez jakoby niezachowanie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, stawia całkowicie chybiony zarzut, bowiem de facto każdy z potencjalnych wykonawców, ma możliwość wykonania przedmiotowego zamówienia, a opisany w SIWZ

4

przez Zamawiającego zakres zamówienia absolutnie nie utrudnia uczciwej konkurencji, a tym samym nie można zarzucać Zamawiającemu nierównego traktowania wykonawców.

Zamawiający stwierdza, iż opisując przedmiot zamówienia, określił go bardzo precyzyjnie uwzględniając, zarówno dostawę 166 kpl. sekcji, ich wyposażenie dodatkowe, jak również kwestionowaną dokumentację remontową (wraz ze zgodą na przeprowadzanie remontów przedmiotowych sekcji we własnym zakładzie remontowym). Dokonując określenia zakresu przedmiotu zamówienia Zamawiający miał na względzie, w aspekcie jego bardzo dużej wartości, również jego właściwą eksploatację i utrzymanie przez maksymalnie długi okres (a więc kwestia ewentualnego remontu w przyszłości nie może być pominięta). Nie bez znaczenia jest dbałość Zamawiającego o minimalizowanie kosztów eksploatacji, bowiem dysponowanie dokumentacją remontową pozwala mu prowadzić politykę remontową (w części dotyczącej przedmiotowych obudów) w oparciu o własny podmiot, który posiada w swoich strukturach, tj. Zakład Remontowo-Produkcyjny (będący oddziałem Zamawiającego - KW S.A.). Przedmiotowa dokumentacja, będąc elementem zamówienia - co wobec postanowienia pkt XVII. ppkt 14 SIWZ, że cena oferty musi uwzględniać wszelkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia, skutkuje poniesieniem przez Zamawiającego kosztu jej pozyskania.

Podnoszona przez Odwołującego się „troska” o możliwości i uprawnienia własnego zakładu remontowego Zamawiającego, nie znajduje całkowicie potwierdzenia w rzeczywistości, bowiem zakład ten jest wyspecjalizowany w remontach oraz modernizacjach obudów zmechanizowanych. Posiada zaplecze i doświadczenie techniczne, stosowne certyfikaty, świadectwa kwalifikacyjne (w tym w zakresie spawalnictwa), systemu zarządzania środowiskowego i inne uprawniające go do przeprowadzenia remontów w tym obudów, których kilkaset corocznie remontuje i modernizuje na potrzeby własne oddziałów Kompanii Węglowej S.A. (w tym również na bazie dokumentacji remontowych pozyskanych w ramach autoryzacji od krajowych producentów obudów zmechanizowanych).

Zamawiający podnosi również, iż ograniczanie w dostępie do dokumentacji

remontowej przez Odwołującego się jest faktycznie działaniem ograniczającym konkurencję, ma bowiem na celu ograniczenie Zamawiającemu prawa do dysponowania własnym majątkiem, skazując go do korzystania z usług remontowych wykonywanych przez Odwołującego się lub podmiot przez niego wskazany.

Ponadto podnoszony przez Odwołującego się zarzut dotyczący naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 22 ust.2 ustawy Pzp poprzez zażądanie od wykonawcy dokumentacji remontowej, umożliwiającej przeprowadzenie remontu wraz ze zgodą producenta oferowanej obudowy na wykonanie remontu po okresie gwarancyjnym przez warsztaty własne KW S.A. jest całkowicie chybionym, gdyż żądanie Zamawiającego odnosi się wyłącznie do zakresu zamówienia, a nie stanowi warunku udziału w postępowaniu.

5

Zamawiający na podstawie aktualnego rozpoznania złożeń określił w SIWZ spodziewane warunki geologiczne i górnicze. Ponadto, Zamawiający w SIWZ określił dodatkowe wymagania, jakim powinna odpowiadać oraz do jakich warunków obudowa musi być dostosowana. Tym samym, wg najlepszej swojej wiedzy, przedstawił możliwe warunki pracy obudowy, zdziwienie zatem budzi stanowisko Odwołującego się, iż mimo jasno określonych warunków pracy obudowy, kwestionuje wymagane warunki gwarancji. Zdziwienie jest tym większe, że kwestia gwarancji podnoszona jest przez jednego z najbardziej doświadczonych producentów obudów działającego na rynku górniczym od kilkadziesiąt lat.

Nie bez znaczenia jest fakt, iż zakres minimalnych wymagań gwarancji, nie odbiega od standardowych wymagań Zamawiającego w innych zakończonych już postępowaniach, których przedmiotem była dostawa obudów ścianowych. Szczególnie należy zwrócić uwagę, iż wymagania te nigdy nie były przedmiotem stosowania środków ochrony przez wykonawców.

Całkowicie bez znaczenia pozostaje podnoszona przez Odwołującego się kwestia uzyskania certyfikatu do określonych warunków górniczych, która w żaden sposób nie wiąże się z wymaganymi warunkami gwarancji.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący się i wniósł w dniu 22 grudnia 2008 r. odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty i żądania zgłoszone w proteście. Ponadto podniósł zarzut naruszenia przepisu art. 29 ustawy Pzp oraz sformułował alternatywne żądanie unieważnienia postępowania.

Do postępowania odwoławczego zgłosili swoje przystąpienie po stronie Odwołującego się: Fabryka Maszyn i Urządzeń „TAGOR” S.A. oraz Becker Warkop Sp. z o.o.

Na podstawie zgromadzonych dokumentów w aktach sprawy, dokumentacji postępowania oraz po wysłuchaniu stron na rozprawie, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

W Załączniku nr 3a (pkt 31) do SIWZ Zamawiający postawił wymóg, iż dostarczona do Zamawiającego instrukcja, o której mowa w § 50 rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 22 grudnia 2005 r. (Dz. U. z 2005 r., Nr 263, poz. 2203) w sprawie zasadniczych wymagań dla maszyn i elementów bezpieczeństwa, zawiera dodatkowe elementy dokumentacji wykonawczej, naprawczej, techniczno-ruchowej, niezbędne do prowadzenia przez służby techniczne Zamawiającego przeglądu technicznego obudowy, zgodnie z

6

rozporządzeniem Ministra Gospodarki z dnia 28 czerwca 2002 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia ppoż. w podziemnych zakładach górniczych (Dz. U. z 2002 r., Nr 139, poz. 1169 z późn. zm.). Ponadto powinna zawierać dokumentację remontową umożliwiającą przeprowadzenie remontu wraz ze zgodą producenta oferowanej obudowy na wykonanie remontu po okresie gwarancyjnym przez warsztaty własne KW S.A. Powyższy wymóg został również powtórzony w Załączniku nr 7 do SIWZ, stanowiącym projekt umowy (§ 8 ust. 1.2 pkt e).

Odwołujący się podnosi, iż tak sformułowane wymaganie nie znajduje podstaw prawnych w powoływanych rozporządzeniach oraz stanowi naruszenie przepisu art. 22 ust. 2 w zw. z ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp. Krajowa Izba Odwoławcza nie podziela jednak stanowiska Odwołującego się. Należy zauważyć, że Zamawiający opisując przedmiot zamówienia nie ma obowiązku wskazywać na podstawę prawną swoich potrzeb. Stąd też podstawa żądania dokumentacji projektowej nie musi wynikać z konkretnych regulacji aktów prawnych. Zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dąży do nabycia dóbr, usług lub robót budowlanych. O tym, jakiego rodzaju są to dobra, decyduje sam Zamawiający, kierując się celem, jakim jest realizacja zadań, które zostały na niego nałożone. W niniejszym postępowaniu Zamawiający określił swoje potrzeby w postaci 166 kompletów nowych sekcji ścianowych obudów zmechanizowanych (co stanowi główny przedmiot zamówienia), ale oprócz tego należy dostarczyć dokumentację związaną z zamawianym przedmiotem, w postaci m.in. dokumentacji remontowej z wymaganą zgodą producenta. Tak określone zamówienie należy oceniać w świetle przepisu art. 2 ustawy Pzp. Zgodnie bowiem ze wskazaną regulacją przedmiotem zamówienia publicznego mogą być dostawy, usługi lub roboty budowlane (art. 2 pkt 13 ustawy Pzp). Pojęcie „dostaw” ustawodawca zdefiniował w taki sposób, że należy przez to rozumieć nabywanie rzeczy, praw oraz innych dóbr, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu (art. 2 pkt 2 ustawy Pzp). Jak z powyższego wynika przedmiotowe pojęcie jest bardzo szerokie i obejmuje oprócz rzeczy w rozumieniu art. 45 k.c., również majątkowe prawa podmiotowe oraz jakiegokolwiek dobra mogące stanowić przedmiot działalności wytwórczej, czy też handlowej. W świetle omówionego pojęcia z pewnością mieści się zarówno zakup obudów zmechanizowanych, jak i dokumentacji remontowej. Podsumowując, należy stwierdzić, że jeśli Zamawiający określi swoje potrzeby w taki sposób, że mogą one stanowić, np. przedmiot dostawy, wykonawca nie ma podstaw do kwestionowania zakresu przedmiotu zamówienia. Co więcej, należy stwierdzić, że powoływane rozporządzenie w sprawie zasadniczych wymagań dla maszyn i elementów bezpieczeństwa, określa w § 50 minimalny zakres treści instrukcji. Oznacza to, że Zamawiający oprócz elementów tam wymienionych, ma prawo żądać dodatkowych

7

informacji, które w niniejszym postępowaniu, dotyczą m.in. kwestionowanej dokumentacji remontowej i zgody producenta.

Warto również podkreślić, że fakt, iż w pkt III, jak również w Załączniku nr 1 do SIWZ nie wskazano wprost, że przedmiotem dostawy jest dokumentacja remontowa z przedmiotową zgodą nie oznacza, że przedmiotowa dokumentacja nie jest objęta zakresem zamówienia. O zakresie tym bowiem nie przesądza prawidłowość ujęcia w określonej jednostce redakcyjnej, ale cała treść SIWZ.

Co do zarzutu naruszenia przepisu art. 22 ust. 2 w zw. z ust. 1 i 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, iż zarzut ten jest chybiony. Wymogu dostarczenia przedmiotowej dokumentacji nie można w ogóle oceniać w świetle powołanego przepisu. Odnosi się on bowiem do warunków udziału w postępowaniu, natomiast kwestionowany wymóg tych warunków nie dotyczy. Odwołujący się zdaje się nie odróżniać warunków udziału w postępowaniu od przedmiotu zamówienia. Tymczasem obie instytucje służą realizacji różnych celów. Warunki udziału w postępowaniu służą do sprawdzenia zdolności wykonawcy do realizacji danego zamówienia i w niniejszym postępowaniu zostały określone w pkt X SIWZ. Zaś, dokumentacja remontowa, jest przedmiotem dostawy i nie służy ocenie wykonawcy. Jest to dobro, które fizycznie należy dostarczyć w ramach realizacji przedmiotu zamówienia. W związku z powyższym, rozważania Odwołującego się, dotyczące okoliczności, iż przedmiotowa dokumentacja nie świadczy o posiadanej wiedzy i doświadczeniu, czy też o dysponowaniu potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, jak również, iż dokumentacja ta nie jest niezbędna do wykonania zamówienia, są bezprzedmiotowe. Jak bowiem wskazano, dokumentacja nie jest elementem oceny potencjału wykonawcy, nie jest też dokumentem żądanym na potwierdzenie tego potencjału.

Intencją Zamawiającego jest zakup określonych obudów zmechanizowanych wraz ze wskazaną dokumentacją. Kwestionowana dokumentacja umożliwi Zamawiającemu remontów po okresie jest, dokonywanie gwarancyjnym. Oczywistym że żądanie przedmiotowej dokumentacji nie powoduje, iż przedmiotem zamówienia są również usługi

remontowe. Nie wyklucza to jednak żądania Zamawiającego do dostarczenia przedmiotowej dokumentacji wraz ze zgodą. Skoro przedmiot ten mieści się w pojęciu dostawy, to nie ma przeszkód, żeby go zamówić. Dla oceny niniejszego stanu faktycznego nie ma znaczenia również, że przedmiotowa dokumentacja nie służy do prawidłowego wykonania zamówienia, bowiem temu celowi nie ma służyć. Natomiast, z pewnością jest elementem przedmiotu zamówienia.

W niniejszym postępowaniu, w żadnym razie, nie możemy mówić o rozszerzeniu przedmiotu zamówienia, czy też o określeniu dodatkowych wymogów nie określonych w SIWZ. Treść SIWZ jednoznacznie przesądza, że w zakres przedmiotu zamówienia wchodzi

8

również kwestionowana dokumentacja. Zarzut dotyczący rozszerzenia jest niezrozumiały i nietrafny. Zaś, zakres przedmiotu zamówienia nie może być rozpatrywany w kontekście dodatkowych wymogów, skoro do uprawnień Zamawiającego należy określenie jego potrzeb.

Trudno zgodzić się również z Odwołującym się, że kwestionowane postanowienia służą obejściu przepisów dotyczących licencji oraz obowiązku uzyskania autoryzacji. Po pierwsze, jak wskazano wyżej, przedmiotem dostawy mogą być autorskie prawa majątkowe, jeśliby nawet uznać, że dokumentacja stanowi utwór w rozumieniu ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz. U. z 2006 r., Nr 90, poz. 631 z późn., zm.). Nie ulega wątpliwości, że przy takim założeniu, mielibyśmy do czynienia z przeniesieniem prawa, nie zaś z uprawnieniem do korzystania z utworu, które jest przedmiotem umowy licencyjnej. W niniejszym stanie faktycznym, mamy do czynienia z umową sprzedaży, a więc ewentualnie z przeniesieniem prawa, co w świetle ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych jest dopuszczalne, bowiem umowa licencyjna nie jest jedyną formą obrotu utworami. Zgodnie z przepisem art. 65 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, w braku wyraźnego postanowienia o przeniesieniu prawa, uważa się, że twórca udzielił licencji. Co zaś się tyczy autoryzacji, Odwołujący się nie wskazał, skąd wynika obowiązek autoryzacji i czego dotyczy, wobec powyższego brak podstaw do oceny, czy doszło do obejścia przepisów prawa, skoro nie zostały one nawet wskazane. W konsekwencji, nie ma możliwości stwierdzenia, czy w tym zakresie, mamy do czynienia z czynem nieuczciwej konkurencji.

Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, że bez znaczenia jest okoliczność, czy Zakład Remontowy KW posiada zdolność techniczną do wykonania remontu. Zamawiający nie oczekuje bowiem, wbrew twierdzeniom Odwołującego się, że wykonawca będzie ponosił odpowiedzialność za remont, wykonany przez podmiot związany z Zamawiającym. Odpowiedzialność powyższa nie wynika również z faktu wystawienia dla obudowy będącej przedmiotem zamówienia, deklaracji zgodności. Producent sporządzając bowiem przedmiotową deklarację, ponosi jedynie odpowiedzialność, że wyrób jest zgodny z zasadniczymi wymaganiami, a te odnoszą się do cech wyrobu, jego projektowania lub wytwarzania i dotyczą etapu wprowadzania do obrotu lub oddawania do użytku (art. 5 pkt 10 i 16 oraz art. 6 w zw. z art. 5 pkt 2 i 19 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie zgodności (Dz. U. z 2004 r., nr 204, poz. 2087 z późn. zm.).

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, przedstawione przez Zamawiającego dowody z dokumentów, w rozpatrywanym aspekcie, nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, w niniejszym postępowaniu, Odwołujący się przy wykorzystaniu środków ochrony prawnej dąży raczej do ochrony swoich interesów ekonomicznych, przez zakwestionowanie wymogu dostarczenia przedmiotowej dokumentacji

9

wraz ze zgodą producenta. Odwołujący się zdaje sobie bowiem sprawę, że wykreślenie przedmiotowego żądania spowoduje w konsekwencji, że Zamawiający nie będzie w stanie samodzielnie dokonywać remontów zamawianych obudów, co spowoduje zlecenie realizacji przedmiotowej usługi wykonawcom zewnętrznym. Jednakże takie działanie Odwołującego się nie korzysta z ochrony w świetle przepisów ustawy Pzp.

Jednocześnie Krajowa Izba Odwoławcza zwraca uwagę, że uwzględnienie odwołania jest możliwe jedynie w sytuacji, kiedy Izba stwierdzi naruszenie przepisów ustawy i

naruszenie to miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania (art. 191a ustawy Pzp). Zatem wbrew temu, co twierdzi Odwołujący się, wskazanie podstawy prawnej jest niezbędne i to zarówno na etapie protestu, jak i odwołania (art. 180 ust.8 ustawy Pzp oraz § 1 ust. 1 pkt 9 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (Dz. U. Nr 187, poz. 1327 z późn. zm.)). Przytoczenie jedynie okoliczności faktycznych w proteście, nie daje podstaw Zamawiającemu do dokonania oceny w przedmiocie naruszeń przepisów ustawy. W konsekwencji, ocena dokonywana jest przez pryzmat konkretnych uregulowań. Trudno sobie bowiem wyobrazić, aby Zamawiający dokonywał subsumcji okoliczności faktycznych do bliżej niesprecyzowanej podstawy prawnej lub też dokonywał analizy w tym przedmiocie przynajmniej w zakresie przepisów ustawy Pzp. Biorąc pod uwagę powyższe oraz fakt, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście (art. 191 ust. 3 ustawy Pzp), Krajowa Izba Odwoławcza pozostawia bez rozpoznania zarzut naruszenia przepisu art. 29 ustawy Pzp. Zaś okoliczności dotyczące zakresu dokumentacji remontowej mogłyby być ewentualnie kwestionowane w świetle powyższego przepisu.

W kwestii zarzutu dotyczącego gwarancji, Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, że Odwołujący się nie wykazał, że kwestionowane postanowienie nie zapewnia równego traktowania wykonawców i nie gwarantuje uczciwej konkurencji. Należy bowiem zauważyć, że postanowienie, zgodnie z którym, „udzielone gwarancje nie mogą być warunkowane warunkami górniczo-geologicznymi” (pkt IX ppkt 2 SIWZ, § 9 ust. 4 projektu umowy) nie powoduje, iż którykolwiek z wykonawców jest dyskryminowany. Wymóg ten skierowany jest bowiem do wszystkich potencjalnych wykonawców.

Zaś, zasada przygotowania i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji powinna być interpretowana na podstawie przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 1993 r., Nr 47, poz. 211). Zgodnie z art. 3 ust. 1 powołanej ustawy, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Z powyższego wynika, że dla stwierdzenia naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 w zakresie

10

naruszenia zasady uczciwej konkurencji, nie wystarczy jedynie opisanie konkretnego działania, czynności, ale również wykazania niezgodności z prawem przedmiotowego działania, a więc wskazanie przepisu, który został naruszony. W niniejszym stanie faktycznym Odwołujący się tego nie uczynił (nie wykazał przesłanki objętej normą art. 3 przedmiotowej ustawy), co w konsekwencji powoduje, że brak podstaw do stwierdzenia czynu nieuczciwej konkurencji.

Na marginesie należy dodać, że zasada swobody umów wyrażona na gruncie art. 353¹ k.c., doznaje znacznego ograniczenia w trakcie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W żadnym razie, nie można więc mówić o jej prymacie. Określenie treści stosunku zobowiązaniowego jest bowiem uprawnieniem Zamawiającego, doznającym jedynie ograniczenia przez zasadę równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 ustawy Pzp.

Jednocześnie w przedmiocie żądania „unieważnienia postępowania” Krajowa Izba Odwoławcza zwraca uwagę, że ustawa Pzp nie daje Izbie możliwości wzięcia z urzędu pod uwagę okoliczności skutkujących unieważnieniem postępowania. Nakazanie zaś
jest możliwe jedynie w Zamawiającemu unieważnienia postępowania przypadku stwierdzenia przesłanek wymienionych w przepisie art. 93 ust. 1 ustawy Pzp. W niniejszym stanie faktycznym Odwołujący się takich okoliczności nie wskazał, stąd należy przyjąć, że żądanie jest bezprzedmiotowe.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z

dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3 600 zł.

11

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 oraz z 2008 r. Nr 171, poz. 1058) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*

12